

MATERNIDAD SUBROGADA O ALQUILER DE VIENTRE MATERNO

SEPULVEDA ROJAS LIZETH MAYERLYN

6000820347



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2014

MATERNIDAD SUBROGADA O ALQUILER DE VIENTRE MATERNO

SEPULVEDA ROJAS LIZETH MAYERLYN

Artículo presentado en el diplomado de procesal y jurisprudencia para optar al título de Abogado

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2 DE SEPTIEMBRE DE 2014

## RESUMEN

El Estado Colombiano al fomentar la familia como el núcleo fundamental de la sociedad como lo señala la carta política, establece medidas y estrategias encaminadas a identificar y a proteger a la familia.

La problemática que surge en el ordenamiento jurídico colombiano al no existir una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta.

En la actualidad el vacío jurídico existente sobre el alquiler de vientre materno o maternidad subrogada permite la clandestinidad de contratos en la cual se ven expuestas las partes contratantes de esta manera en el desarrollo de este artículo se buscara una respaldo teórico y constitucional, que justifique la introducción del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como institución jurídica colombiana.

### Palabras Claves:

Maternidad subrogada

Alquiler de vientre materno

Técnicas de reproducción humana asistida

Pareja solicitante

Gestora restante sustituta

## **ABSTRACT**

The Colombian State to promote the family as the core of the society as stated in the political Charter, establishes measures and strategies to identify and protect the family. Problems arising in the Colombian legal system in the absence of a ban expresses for the realization of such conventions or agreements. On the techniques of assisted reproduction, surrogate or surrogate motherhood is located within which. Currently the existing legal vacuum on the rental of womb or surrogacy allows hiding of contracts in which the Contracting Parties of this are exposed manner in the development of this article it sought a constitutional, and theoretical backing that justifies the introduction of the lease of the womb of the woman like Colombian legal institution.

Keywords:

Surrogate motherhood

Rent the maternal belly

Assisted human reproduction techniques

Couple applicant

Gestora remaining substitute

## INTRODUCCIÓN

En Colombia el problema de alquiler de vientre materno o maternidad subrogada (*“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”* Sentencia T 968 de 2009) ha sido objeto de diferentes concepciones debido a la problemática presentada al no existir ley que regule o prohíba dicha práctica.

En la legislación Colombiana urge la necesidad de reglamentar la práctica de alquiler del vientre materno, en razón que desde la clandestinidad, se realiza dicho procedimiento, generando riesgos para los intervinientes en él, especialmente de carácter legal; ya que, como existe el vacío jurídico al respecto, al momento de dar cumplimiento a dicho contrato, y tener que hacer entrega del nuevo ser se generan discusiones para las partes. De allí la importancia de que el Congreso de la República dé trámite a una nueva ley donde regule el alquiler de vientre materno, con el fin de llenar el vacío jurídico existente.

Es necesario reglamentar el alquiler de vientre materno para así encontrar una protección de los derechos vulnerados tales como la dignidad, la vida e integridad personal *“ART 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”*. *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA*), los derechos a la familia; *“ART 42 La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla... [...]...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable...”* (Negrillas fuera de texto). El

*Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables....CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA).*

¿Cuáles aspectos podrían considerarse factibles en dar en arrendamiento el vientre materno de la mujer, como una acción permitida jurídicamente en Colombia?

En el presente trabajo se desarrollarán los aspectos más importantes en los cuales la legislación colombiana se ha pronunciado, se revisara los enfoques teóricos más importantes que se han realizado sobre la maternidad subrogada, de la siguiente manera.

1-TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA (TRHA); la constitución política de Colombia señala que uno de los medios por el cual se conforma la familia es el científico, el cual es un procedimiento muy conocido por las técnicas de inseminación artificial, de fertilización o fecundación in vitro.

2.ESFUERZOS DE LA LEGISLACION : en la legislatura del 2009 se observaron los intereses por llevar a cabo la reglamentación del proyecto de ley No 037 de 2009 en el cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio colombiano la practica de gestación humana asistida, la cual fue archivada el 31 de junio de 2013.

3. VIABILIDAD E INTERPRETACION DEL PROYECTO DE LEY: lo que este proyecto de ley buscaba era reglamentar el uso de la gestación sustitutiva, para poder así celebrar contratos donde se miran los paralelos entre la pareja solicitante y la pareja receptora gestante sustitutiva.

4. PRONUNCIAMIENTO DE DIFERENTES AUTORES: señalar las diferentes posiciones de distintos autores y ejemplos de vida sobre experiencias en distintos países utilizando diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

En la legislación Colombiana urge la necesidad de reglamentar la práctica de alquiler del vientre materno, en razón que desde la clandestinidad, se realiza dicho procedimiento, generando riesgos para los intervinientes en él, especialmente de carácter legal; ya que, como existe el vacío jurídico al respecto, al momento de dar cumplimiento a dicho contrato, y tener que hacer entrega del nuevo ser, la madre gestante sustituta decide no realizar dicha entrega, bien sea porque quiere aumentar su lucro, exigiendo una mayor cantidad de dinero o porque se crearon vínculos afectivos con ese nuevo ser. De allí la importancia de que el Congreso de la República dé trámite a una nueva ley donde regule el alquiler de vientre materno, con el fin de llenar el vacío jurídico existente.

#### TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA (TRHA)

La Constitución Política de 1991, menciona en su artículo 5º, “...el Estado ampara la familia como la institución básica de la sociedad...”, y en el artículo 42, expresa: “...La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla... [...]...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable...” (Negrillas fuera de texto).

Cuando la Constitución proclama que uno de los medios de conformación de la familia es el medio científico, observamos que contempla las llamadas técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), de inseminación artificial, de fertilización o fecundaciones in Vitro; o un procedimiento que aunque polémico es muy conocido en nuestro medio, y se trata de la llamada maternidad subrogada o alquiler y préstamo del vientre materno.

A nivel mundial, los TRHA, han evolucionado desde 1880, año en el cual se intentó por primera vez fertilizar un óvulo mamífero en Austria, el cual fracasó, pero los científicos continuaron con sus experimentos hasta que en el año 1890, el científico Walter Heape, logró con éxito la primera transferencia de embriones, sacando óvulos fertilizados de las trompas de Falopio de una coneja y consiguió nacimientos luego de transferirlos a otra coneja receptora. En el año 1978 se produjo en Inglaterra el primer nacimiento de un ser humano (Louise Brown) a través de la fecundación in Vitro realizada a un ovulo de la señora Leslye Brown, con la esperma de su esposo. A partir de este momento, las técnicas se han mejorado y hoy en día a diario nacen más de diez personas a través de éstos métodos de fecundación asistida.

([www.eltiempo.com/archivo/.../CMS-3941053](http://www.eltiempo.com/archivo/.../CMS-3941053))

Es importante mencionar el primer caso Colombiano de nacimiento por el método de inseminación in Vitro, así como lo señaló el periódico el Tiempo a través de su página de internet [eltiempo.com](http://eltiempo.com), según el cual: *“... Se llama Diana Carolina Méndez, tiene 23 años y asegura que el doctor Elkin Lucena es su padre científico. Su historia la empezó a gestar el ginecólogo antioqueño Elkin Lucena, en el Centro Colombiano de esterilidad y fertilidad, Cecolfes\*, ubicado en la 102 con 14, a mediados de 1984. La pareja de esposos conformada por Beatriz y Hernán Méndez llegaron al consultorio del doctor Lucena en busca de una alternativa para concebir a su primogénita. La solución entonces fue la inseminación*



*in vitro*, es decir la fecundación en un laboratorio y la posterior implantación del embrión en el vientre materno. Era un procedimiento que apenas se conocía en el país y que despertó fuertes críticas de la iglesia católica de la época, que pensó que la voluntad de Dios se estaba violando. El 10 de enero de 1985 la ciencia se anotó un gran logro: había nacido en condiciones normales la pequeña Diana Carolina y con ella el mundo se enteraría que en Colombia había un científico capaz de lograr lo mismo que el 25 de julio de 1978, en el Reino Unido, habían hecho los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards, con el nacimiento de Louise Brown, la primera bebé probeta del mundo...” ([www.eltiempo.com/archivo/.../CMS-3941053](http://www.eltiempo.com/archivo/.../CMS-3941053)).

El uso continuado de dichos métodos de fecundación, ha obligado a que ciertos países en los cuales se realizan éstas practicas, implementen normas que regulen éstos procedimientos, con el fin de controlar de alguna manera el uso indiscriminado de los mismos, igualmente, para ejercer controles de natalidad, y resolver problemas relacionados con la filiación o el parentesco existente entre el nuevo ser y sus padres, puesto que existen varios de éstos métodos pero para el caso presente mencionaremos sólo cinco de éstos, los cuales están clasificados dentro del Proyecto de Ley No. 037 de 2009 Cámara el cual fue archivado el 31 de junio de 2013, a saber:

“...

1. ***Inseminación Artificial Conyugal:*** Se produce cuando se práctica mediante la utilización del semen fecundante para obtener la concepción lo aporta el cónyuge o compañero permanente de la mujer que se hace inseminar.
2. ***Inseminación Artificial con Donante:*** Se produce cuando se utilice semen fecundante proveniente de persona distinta del cónyuge o compañero permanente.

3. **Fertilización In Vitro:** *Consiste en fecundar los óvulos por fuera del cuerpo, para obtener embriones que posteriormente serán transferidos al útero para ser implantados y continuar con su gestación normal.*
4. **Fertilización Artificial Homóloga:** *Cuando el espermatozoides utilizado para la fecundación del óvulo en una probeta corresponde al cónyuge o compañero permanente y a la cónyuge o compañera permanente que constituyen una pareja, siendo transferidos el embrión o embriones al útero de la mujer.*
5. **Fertilización Artificial Heteróloga:** *Cuando la fecundación del óvulo de la mujer que conforma una pareja con su cónyuge o compañero permanente se realiza con espermatozoides de un tercero, cuando el óvulo que se fecunda corresponde a otra mujer diferente a la que conforma pareja con su cónyuge o compañero permanente y cuando el espermatozoides y el óvulo que se utiliza para la fecundación de la mujer que conforma una pareja con su cónyuge o compañero permanente corresponden a terceros...”(Proyecto de Ley No. 037 de 2009 Cámara el cual fue archivado el 31 de junio de 2013, por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustituida mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. Ponente Jorge Ignacio Morales Gil, Representante a la Cámara)*

Razón por la cual, se ha hecho necesario reglamentar la utilización de los TRHA (técnicas de reproducción humana asistida), frente al tema de la filiación y el parentesco, en razón de los diferentes vínculos que existen entre el nuevo ser y la madre gestante, los donantes y los padres.

Aunque en últimas, estos métodos no presentan los inconvenientes que genera lo que se conoce como la maternidad subrogada o “alquiler del vientre”, ya que en esta forma de concebir un hijo, existe un interés económico de por medio, el cual genera malestar a la mayoría de las personas, en el sentido que se puede interpretar o asimilar este método a una trata de personas, no sólo en

Colombia sino en países en los cuales éste método de alquiler del vientre se ha convertido en un negocio; en países como España, Francia, Italia, entre otros, estas prácticas están totalmente prohibidas, pero en Canadá, Puerto Rico y Estados Unidos, se permite la utilización de éstos procedimientos.

## ESFUERZOS DE LA LEGISLACION Y VIABILIDAD E INTERPRETACION DEL PROYECTO DE LEY

Pasando al segundo y tercer punto en relación a los esfuerzos y la viabilidad que los legisladores colombianos han desarrollado en los últimos 7 años es importante señalar que en el año 2009 cursaba el proyecto de ley No 037 en el cual se establecían los procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de gestación humana asistida. Razón por la cual urge que el Congreso de la República desarchive y legisle al respecto y de trámite al mencionado proyecto, del cual se extrae algunos artículos relevantes para tal fin:

*“... Artículo 3° Condiciones para la práctica de la gestación sustitutiva. PARA LA PAREJA SOLICITANTE: pareja heterosexual mayores de 25 años, colombianos, en caso de ser extranjeros residencia no inferior a un año, que sean legalmente capaces y pleno uso de sus facultades mentales, casados o en unión libre (mínimo 2 años de convivencia), que alguno de los dos o los dos tengan problemas de fertilidad el cual debe ser certificada por un medico (mujer con problema de fertilidad gestacional, problemas de llevar a feliz término un embarazo, o que corra con graves riesgos en su salud en estado de embarazo), tener prueba de VIH negativa, encontrarse en situaciones psicológicas sanas, practicarse los exámenes exigidos por los centros de reproducción asistida, manifestar el consentimiento por escrito, cubrir los costos de los exámenes ordenados por los centros de reproducción asistida a la receptora gestante, cubrir los gastos médicos, de alimentación, de vestido de la receptora*

*gestante, recibir y tomar la posición de garantes y todas sus implicaciones del bebe una vez nazca, entre otras. PARA LA RECEPTORA GESTANTE SUSTITUTA: ser mujer mayor de 25 años, ser colombiana, ser legalmente capaz y en pleno uso de sus facultades, no tener problemas de salud, no tener antecedentes de problemas de embarazo de alto riesgo, no haber sufrido pérdidas gestacionales, no haber practicado abortos, no tener ningún parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos, tener prueba de VHI negativa entre otras...” Proyecto de Ley, IBIDEM.*

*Dicho proyecto de ley, lo que buscaba era reglamentar el uso de la gestación sustitutiva, para poder así celebrar contratos para tal fin, ya que según el artículo 3° mencionado, se precisan las condiciones o prerrequisitos que deben tener las partes para celebrarlo, pero así mismo en el artículo 14 del mismo proyecto, establece las obligaciones para las partes, a saber: “... Artículo 14 Obligaciones para las partes DE LA PAREJA SOLICITANTE: practicarse los exámenes exigidos, manifestar consentimiento por escrito, participar en las sesiones de ayuda psicológica, cubrir todos los exámenes ordenados por los centros de reproducción asistida, así como los gastos médicos, de alimentación y de vestuario que necesitare la receptora gestante, entregar un auxilio económico mensual a la mujer receptora gestante, recibir a la criatura una vez nazca, no rechazar a la criatura una vez nazca, efectuar todos los trámites ante las autoridades civiles relacionadas con la filiación y de la criatura que nazca. DE LA RECEPTORA GESTANTE SUSTITUTIVA: practicarse los exámenes exigidos por los centros de reproducción asistida, manifestar consentimiento escrito, asistir a los controles médicos, cuidar de su alimentación y de su estado de salud, participar en las sesiones reasistencia psicológica, no consumir alcohol ni sustancias psicoactivas durante el embarazo, no ejercer actividades que pongan en peligro su salud y la de la criatura, entregar a la criatura una vez nazca, renunciar a la filiación de la criatura gestada, no adelantar ninguna acción legal relacionada con la filiación de la criatura gestada...”(subrayas fuera de texto).*

En los apartes subrayados, a mi criterio, es en donde se encuentra el gran problema de la maternidad sustitutiva, en razón a los lazos de consanguinidad y de afecto que nacen, entre la receptora gestante sustitutiva y la nueva criatura, que la pueden hacer pensar en algún momento en la no entrega de dicho ser, sin importarles las consecuencias jurídicas que ello le llegase a acarrear.

En consecuencia, el legislador colombiano debe tomar cartas en el asunto y pronunciarse respecto del alquiler de vientres, maternidad subrogada o maternidad sustitutiva en Colombia. Teniendo en cuenta que dicha práctica está de alguna manera implícita en el artículo 42 de nuestra Constitución Política, según el cual: "...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica ...", lo que me lleva a concluir que es necesario cubrir el vacío jurídico existente en la actualidad.

Lo que sí es preciso resaltar es que dichos tratamientos de reproducción asistida que conlleven a la sustitución de la gestación, se deben realizar estrictamente por necesidad comprobada, es decir, cuando la pareja recurrente demuestre plenamente su impotencia o problemas fisiológicos que les impida por métodos naturales concebir un hijo y que su última opción (agotada la posibilidad de adopción) sea recurrir a dichos métodos. En dicha normatividad igualmente, se debe prohibir tácitamente el uso de estos métodos por preceptos cosméticos, es decir que se recurra a ellos para evitar malestares sintomáticos (náuseas, mareos, antojos, rebotes, etc) del embarazo, o físicos ("deformación" del cuerpo, estrías, manchas en la piel, subida de peso), inclusive por falta de tiempo (mujer ejecutiva, deportista, etc).

Igualmente, cuando se discutan los proyectos de ley que se presenten para regular esta práctica, el legislador debe cuestionarse sobre los siguientes interrogantes: Si la mujer gestante contrae una enfermedad durante el embarazo que puede prolongar hasta después de su culminación ¿Cuál sería la responsabilidad de los padres recurrentes? ¿Cómo se fijarían las indemnizaciones?. Si la mujer contrae una enfermedad que afecte al feto, y a sabiendas que en nuestro país está prohibido el aborto ¿Qué pasaría si la madre gestante ni los padres recurrentes aceptan el nuevo ser?. ¿Si la mujer gestante no renuncia a la maternidad y desea quedarse con el nuevo ser ¿puede obligársele a entregarlo? Y muchos otros interrogantes que se puede uno imaginar.

#### PRONUNCIAMIENTO DE DIFERENTES AUTORES

Las razones por las que ha sido complicada la reglamentación de la maternidad subrogada obedecen a que tiene un fin económico, pero para algunos, por ejemplo Antonio José Cancino en su obra *Genética y Derecho Penal*, menciona el enunciado de Carvaca Fernández, respecto de la maternidad subrogada, según el cual: “...*la maternidad subrogada es un acto ilícito y dicho carácter se da a razón de: su objeto física y jurídicamente posible, fin ilícito, atenta contra el orden público pues se comercializa con el cuerpo humano, es contrario a la ley al contrariar las normas naturales de la filiación, es un fraude a la institución de la adopción, es contrario a la moral y las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución, tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos...*”(GENETICA Y DERECHO PENAL, Cancino Antonio José, Capítulo VIII, *Maternidad Subrogada*, página. 127)

Se puede observar de acuerdo a la definición anterior, el tema de la maternidad subrogada, tiene unas características especiales, que riñen con aspectos muy relevantes como la moral y la ética; en la parte moral se afirma que es ir en contra de los preceptos de Dios, siendo esta una

justificación para ir en contra el avance tecnológico; pero se piensa también en la ética; ésta se mira desde dos puntos de vista, el razonamiento para brindar la posibilidad de la procreación y para no proceder en contra de los mandamientos de Dios. Este es un punto de vista que va en contra de dichas prácticas en el sentido de interpretarla como un tráfico de personas, o comercialización del cuerpo humano.

Basados en la doctrina, existe una especie de enfrentamiento entre varios autores, algunos defienden la práctica del alquiler de vientres y otros lo califican como ilegal, como la idea transcrita anteriormente. Por ejemplo, Gustavo Adolfo Marín Vélez señala: “... *Los actos jurídicos atípicos (el contrato es el principal acto jurídico y la principal fuente de las obligaciones en Colombia) son aquellos que no han sido objeto de una regulación normativa por parte del legislador, lo cual no impide que estos alcancen su eficacia jurídica, generando plenos efectos vinculantes, siempre que no atenten contra normas de orden público. [...] Desde esta perspectiva es pertinente expresar que el contrato de arrendamiento de vientre en Colombia participa de todas las características que le son propias a esta modalidad contractual, exceptuando solo una de ellas: el carácter típico que reviste el contrato de arrendamiento de bienes, tanto de muebles como de inmuebles, circunstancia que no cumpliría exactamente el contrato objeto de esta estudio...*”

(...)

*La carencia de tipicidad contractual no es óbice para endilgarle ilegalidad al acto jurídico. Como ya se ha expresado, este tipo de contratos gozan de plena validez en nuestro contexto jurídico nacional.*

(...)

*El arrendamiento de vientre, como modalidad contractual, carece de una regulación específica en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero desde este punto de vista sería considerado un contrato atípico, cuya problemática podría abordarse adoptando los criterios interpretativos ya expuestos.*

(...)

*Como se observa, el asunto en cuestión tiene como referente preciso el escenario del principio de la autonomía privada que rige en nuestro sistema jurídico...”( MARÍN VÉLEZ Gustavo Adolfo, El Arrendamiento de Vientre en Colombia. Pags 140-147 )*

Como se observa, el autor, basado en la teoría que no existe una norma expresa en Colombia que prohíba la celebración del contrato de arrendamiento de vientre, entonces como una inferencia lógica, se debe asumir que es un contrato válido, en cuanto la inexistencia de una norma prohibitiva. Ya que afirma que “...es viable la aplicación general según el cual los particulares estamos facultados para celebrar todos los actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por las normas y que no desconozcan normas imperativas...”(Op citpag. 147).

De otra parte, la doctora Emilssen González de Cancino afirma: “ El artículo 23 del Decreto # 1172 de 1989 establece que “ *Los órganos, tejidos, líquidos orgánicos y demás componentes anatómicos del ser humano, solo podrán ser extraídos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos en los siguientes casos: [...] De lo anterior, y del decreto se infiere que se autorizan los trasplantes de órganos, tejidos, líquidos orgánicos y componentes anatómicos siempre y cuando tengan por objeto mejorar las condiciones de vida y salud de una persona que presenta deficiencias en estos campos, nada nos autoriza a extender su alcance para conceder validez a implantes o trasplantes que pretendan mejorar las condiciones de vida de terceros.*



(...)

*Como si esto no fuera suficiente, según el artículo transcrito, los componentes corporales allí referidos, solo podrán ser utilizados mediante donación legal o presunción de donación, en consecuencia, entran a formar parte, salvo complicaciones medicas, del organismo receptor, en los contratos de gestación sustitutiva, por el contrario, el embrión implantado o aquel que se forma dentro del cuerpo de la gestante, según el caso, está destinado a ser entregado, al término de su desarrollo intrauterino, a otras personas, en veces totalmente ajenas a los principios que le dieron vida. Y, razón de mayor peso, el embrión se convertirá, a partir de su nacimiento con vida, en una persona plenamente reconocida por el derecho, distinta e independiente de sus padres como sujeto protegido, nada parecido como ocurre con otros (tejidos, órganos, etc)...”*  
 (GONZALES DE CANCINO Emilssen, *Los Retos Jurídicos de la Genéticapags 189-1991*)

De allí, que se observa la inquietud de la doctora González de Cancino, en el sentido que al nacer el nuevo ser, y éste desprenderse de la gestante, dicho ser es sujeto de derechos independientes que deben ser garantizados por el Estado y que no pueden depender o estar restringidos a los términos establecidos en un contrato.

Igualmente, el doctor Fernando Alarcón Rojas resalta: “...*La maternidad por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer recibe el encargo de adelantar y culminar el proceso de gestación y de entregar su producto a la persona comitente. Este fenómeno permite considerar dos modalidades: i) la maternidad por “simple sustitución”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz aporta al proceso su material genético puesto que es la productora del ovulo fecundado y ii) la maternidad por “sustitución en la gestación”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz, no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del ovulo fecundado...”*( )

Para el autor, en el primer caso, el acto jurídico según el cual una mujer se compromete a entregar su hijo biológico contendría un objeto ilícito en el supuesto de que el ser humano que se gestaría o que está en gestación se convertiría en la cosa o materia sobre la cual recaería el contrato y los seres humanos no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico. Y además, no se puede desconocer que el embrión o feto son seres humanos porque son nuevas vidas que provienen biológicamente de seres humanos. En conclusión, para el autor en este primer caso, un contrato de maternidad “por simple sustitución” sería absolutamente nulo por ilicitud de su objeto, porque se estaría celebrando un negocio jurídico prohibido por la normatividad.

Por el contrario, en cuanto a la segunda opción “sustitución en la gestación”, como la gestante no es la productora del óvulo fecundado el objeto del negocio no sería el embrión o el feto, es decir no sería un ser humano sino que el objeto del contrato sería la fuerza biológica de gestación de una mujer. Quiere decir el autor que el objeto no sería una parte del cuerpo de la mujer (útero o vientre) el objeto sería la fuerza biológica de gestación. Y precisa con una pregunta su afirmación: “¿O es que a caso el ordenamiento no conoce negocios jurídicos en que su objeto lo constituye, no el ser humano o una parte de su cuerpo, sino su fuerza física, su fuerza intelectual, su fuerza de trabajo, etc.?” ( 1Opcit pag 131).

Desde hace mucho tiempo se vienen desarrollando prácticas sobre gestación sustitutiva en varias de las modalidades que son propias de estos métodos, sin embargo, los conflictos no se han hecho esperar lo que generó el interés en el tratamiento de la figura del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una alternativa contractual jurídicamente viable y socialmente aceptada.

En Colombia de acuerdo con el ordenamiento jurídico (constitucional y legal) actual es completamente viable la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre de la mujer para gestar el hijo biológico de terceros, sin que exista impedimento de tipo moral o religioso, mediante la aplicación de los preceptos constitucionales desarrollados en figuras legales. El principal argumento que sostiene esta tesis se basa en la inexistencia de una prohibición tácita a esta figura.

En Colombia existe actualmente un respaldo constitucional que justifica la aplicación del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer como una institución jurídicamente aceptada, para todos los efectos de este trabajo se ha denominado “Principio de libertad reproductiva”, y se encuentra amparado en la constitución nacional y distintos tratados internacionales.

En conclusión urge la necesidad de estudiar y aprobar una ley teniendo en cuenta los innumerables interrogantes, con el fin de que se proteja el derecho fundamental de la procreación, recurriendo a la práctica de la gestación sustitutiva, entre otros métodos. Pero eso sí castigando severamente a los que busquen en dicha práctica un interés económico que pueda interpretarse como un negocio o peor aún, asemejarse a un tráfico de personas o a un enriquecimiento ilícito de quienes vean en esta modalidad una fuente de recursos económicos.

## BIBLIOGRAFIA

SENTENCIA T 968 DE 2009 SALA SEGUNDA DE REVISION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, POR LA CUAL SE PROTEJE AL MENOR DE EDAD COMO SUJETO ESPECIAL DE PROTECCION.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA (2014) EDITORIAL LEGIS, BOGOTA D.C.

PROYECTO DE LEY N 037 DE 2009, MAGISTRADO PONENTE JORGE IGNACIO MORALES GIL, REPRESENTANTE A LA CAMARA, POR LA CUAL SE ESTABLECEN PROCEDIMIENTOS PARA PERMINIR EN TODO EL TERRITORIO COLOMBIANO LA PRACTICA DE GESTACION HUMANA ASISTIDA, ARCHIVADO EL 31 DE JUNIO DE 2013.

PERIODICO EL TIEMPO RECUPERADO DE HTTP:  
[www.eltiempo.com/archivo/.../CMS3941053](http://www.eltiempo.com/archivo/.../CMS3941053)).

GENETICA Y DERECHO PENAL, CANSINO ANTONIO JOSE, CAPITULO VIII, MATERNIDAD SUBROGADA, PAGINA 127.

MARIN VELEZ GUSTAVO ADOLFO, EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE MATERNO EN COLOMBIA PAGINA 140-147.

GONZALEZ DE CANSINO EMILSSEN, LOS RETOS JURIDICOS DE LA GENETICA PAGINAS 189, DE 1991.

1OPCIT PAG 131, FERNANDO ROJAS ALARCON.